# Die Bedeutung der Vereinigung im Erbrecht.

---

**Dissertation**

zur Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Universität Rostock

vorgelegt von

**Leo Duszynski,**

Referendar am Kgl. Oberlandesgericht Kiel.

Kiel, 1911.

Druck von C. H. Jebens.

# Die Bedeutung der Vereinigung im Erbrecht.

---

**Dissertation**

zur Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Universität Rostock

ACAD. LIBRARY BIBL.

vorgelegt von

**Leo Duszynski,**

Referendar am Kgl. Oberlandesgericht Kiel.

Kiel, 1911.

Druck von C. H. Jebens.

Referent: Prof. Dr. Matthiaß-Rostock.

Den Manen meiner Eltern!

## Inhaltsübersicht.

§ 1. A. Einleitung

B. Ausführung.

I. Fälle der Vereinigung, welche von dem Gesetz nicht erwähnt sind:

§ 2. a) Ausschlagung

§ 3. b) Erbunwürdigkeit

§ 4. c) Anfechtbarkeit, Nichtigkeit, Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen

§ 5. d) Testamentsvollstreckung

II. Die vom Gesetz erwähnten Fälle:

§ 6. a) der Fall des Aufgebotsverfahrens (Ausnahme)

§ 7. b) des Nachlasskonkurses und der Nachlassverwaltung

§ 8. c) der Unzulänglichkeit des Nachlasses

§ 9. d) der Nacherbfolge

§ 10. e) des Vermächtnisses

§ 11. f) des Erbschaftskaufs

§ 12. III. Der besondere Fall der Erbengemeinschaft

§ 13. C. Zusammenfassung

# A.

# Einleitung.

## § 1.

Wie das gemeine Recht, kennt auch das heutige Reichsrecht die Confusion als Erlöschungsgrund. Das Reichsrecht gebraucht allerdings nicht den Ausdruck «Confusion», sondern «Vereinigung» oder «Zusammentreffen», will aber darunter, wie die bisherige Gesetzgebung, die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, von Recht und Belastung aus einem unwiderruflichen Rechtsgrunde in einer Person, die Vereinigung obligatorischer und dinglicher Rechte in einer Rechtssphäre verstanden haben. Es umfasst also mit dem Begriff Vereinigung, die confusio und consolidas des gemeinen Rechts. Nirgends hat allerdings das bürgerliche Gesetzbuch diesen Satz ausgesprochen, nichtsdestoweniger kann es keinem Zweifel unterliegen, dass es diesen Begriff in der oben angegebenen Bedeutung als bekannt voraussetzt. Nirgends hat auch das BGB. die Vereinigung als einen Erlöschungsgrund der Rechtsverhältnisse anerkannt. Dieser wenigstens für die Schuldverhältnisse in § 291 des Entwurfs eines BGB. erster Lesung anerkannte Grundsatz wurde von der Kommission

zur Beratung eines BGB. II. Lesung gestrichen. [1]) Aber ihre Anerkennung ergibt sich aus anderen Bestimmungen, insbesondere aus denen, welche die Wirkung der Confusion in gewissen Fällen ausschliessen, mögen die Auffassungen über den Rechtsvorgang bei der confusio noch so weit auseinandergehen. [2])

Grundsatz ist nun, dass sowohl obligatorische wie dingliche Rechte [3]) durch Vereinigung in einer Person erlöschen. Dieser Grundsatz erleidet jedoch in beiden Fällen, besonders im letzteren, zahlreiche Ausnahmen, die jedoch nicht im Rahmen dieser Arbeit erörtert werden können und auf die uns das Recht der Schuldverhältnisse und das Sachenrecht eine Antwort geben. [4]) Es sei nur hingewisen auf die Inhaber- und Ordrepapiere, welche wieder in den Besitz des Ausstellers bezw. des Schuldners zurückgelangen, auf den Niessbrauch und das Pfandrecht an beweglichen Sachen, auf das wirtschaftlich wichtige Institut der «Eigentümerhypothek», welch letztere Ausnahmen die merkwürdige Erscheinung der dinglich beschränkten Rechte an eigener Sache zur Folge haben.

Diese Grundsätze gelten auch für den im Leben am häufigsten vorkommenden und infolgedessen praktisch

[1]) Mot. II. S. 116. — Prot. I, 376.

[2]) Schwedder S. 6. 71. Endemann I, § 148. A 5. S. 665. Kretschmer S. 223. Thal S. 32 ff.

[3]) Binder I. S. 74, Z. 3.

[4]) Kretschmar S. 225. § 889. 1164. 1174. 1063. 1068. 1256. 1273. B. G. B.

wichtigsten Fall der Vereinigung, nämlich für den Fall des Uebergangs der Erbschaft. Denn auch im Erbrecht des heutigen Reichsrechts sind allgemeine Bestimmungen hierüber nicht enthalten. Unvererbliche Rechte kommen aber nicht in Frage, da es infolge ihres Erlöschens mit dem Tode des Erblassers zu einer Vereinigung nicht kommen kann; dasselbe gilt auch für die nicht auf den Erben übergehenden Verpflichtungen.[1]) Daneben gibt es aber im Erbrecht besondere Grundsätze, welche im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen sind oder sich auch aus allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen unter Berücksichtigung des Wesens der Confusion ergeben. Die Bedeutung dieser Besonderheiten der Vereinigung im Erbrecht soll Gegenstand der nachstehenden Untersuchung sein, wobei bemerkt wird, dass der Fall der unechten Confusion, der Vereinigung zweier nebeneinander stehenden Faktoren gleichen oder ungleichen Ranges nicht in den Rahmen dieser Arbeit fällt.[2])

Was die Anordnung selbst betrifft, so werden zunächst die aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Fälle untersucht, um alsdann auf die im Gesetz ausdrücklich erwähnten Fälle einzugehen, hierbei aber logischer Weise den Fall des Aufgebotsverfahrens vorwegzunehmen und mit dem Fall der Erbengemeinschaft abzuschliessen.

---

[1]) Kretschmar S. 237.

[2]) Hierüber v. Jena S. 57 Mosler S. 114. Sachs S. 86.

## I. Fälle der Vereinigung, welche von dem Gesetze nicht erwähnt sind.

### § 2. a). Ausschlagung.

Nach § 1922 BGB. geht die Erbschaft unmittelbar mit dem Tode des Erblassers auf den Erben über, es ist ihm aber die Möglichkeit gegeben, die Erbschaft innerhalb einer bestimmten Frist auszuschlagen § 1944. Schlägt der Erbe nun die Erbschaft aus, so fällt diese demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte, und zwar gilt der Anfall als mit dem Erbfall erfolgt. § 1953. Die Ausschlagung hebt also den Anfall selbst, wie wenn er nicht geschehen wäre, mit rückwirkender Kraft auf. [1]) Es tritt an Stelle des Ausschlagenden im Falle der gesetzlichen Erbfolge der nach ihm berufene gesetzliche Erbe, bei der vertragsmässigen oder testamentarischen Erbfolge der etwaige Ersatzerbe und in dessen Ermangelung der gesetzliche Erbe. Schlägt ein Miterbe aus, dann tritt natürlich zunächst Anwachsung bezw. Erhöhung der Erbteile der anderen Miterben ein, falls kein Ersatzerbe vorhanden ist. — § 1935. 2069 2094.

---

[1]) Endemann § 78 4 b. S. 342. Thal 126.

Solange also der Erbe die Erbschaft nicht ausgeschlagen hat, ist er Erbe und demgemäss findet auch eine Vereinigung der beiden Vermögensmassen statt, die wiederum ein Erlöschen der zwischen dem Erblasser und dem Erben bestehenden Rechtsverhältnisse herbeiführt. Da es sich aber infolge der Ausschlagung später herausgestellt hat, dass ein Zusammenfliessen der beiden Vermögensmassen nicht erfolgt war, so waren auch die durch die Confusion scheinbar erloschenen Rechtsverhältnisse mit ihren Nebenrechten nicht erloschen. Sie bestanden vielmehr ununterbrochen, ex tunc, wie wenn die Vereinigung überhaupt nicht stattgefunden hätte. [1]) Zu Gunsten Dritter finden allerdings die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens, des Vertrauens auf den Erbschein Anwendung — ebenso § 1959. [2]) Nicht unrichtig sagt daher Schwedler [3]), der § 1953 komme in der Wirkung einer negativen Resolutivbedingung gleich.

Folgerichtig kann auch vor der Annahme der Erbschaft ein Anspruch, der sich gegen den Nachlass richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden — § 1958, der Ausschlagende haftet demjenigen, der Erbe wird, für erbschaftliche Geschäfte, wie ein

[1]) Neumann § 1953 — 1 a. Planck § 1953 [1]. Dernburg § 149 VII. Mosler S. 110. Sachs S. 80.

[2]) Frommhold § 1953. A. I. Staudinger — § 1942 VII.

[3]) Schwedler 8. 159, so auch Sachs S. 80, scheinbar auch Staudinger § 1942 VII.

Geschäftsführer ohne Auftrag — § 1959 I. Die Rechtshandlungen der Erben und die ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind nur nach Massgabe des § 1959, Abs. II, III wirksam. Die für den Nachlass ohne Nachteil unaufschiebbaren Verfügungen binden die nächst berufenen Erben. Diese [1]) müssen auch den Gläubigern des zahlungsunfähigen, einstweiligen Erben, falls sie die Ausschlagung als unentgeltliche Verfügung innerhalb oder ausserhalb des Konkurses anfechten, nach Deckung der Nachlassschulden den Ueberschuss herauszugeben. Da sich der § 1959, Abs. II auf Rechtsgeschäfte bezieht, die unmittelbar die Substanz des Nachlasses ergreifen, so werden alle anderen auf die Erbschaft bezüglichen Rechtsgeschäfte infolge der Ausschlagung keineswegs hinfällig. Die auf die Erbschaft sich beziehenden obligatorischen Rechtsgeschäfte bleiben bestehen, solche kann der Erbe sogar nach der Ausschlagung vornehmen. [2])

Nach § 857 BGB. wird der Erbe Besitzer der Nachlasssachen. Er verliert ihn jedoch mit der Ausschlagung, behält ihn aber weiter, wenn er den Besitz tatsächlich ergriffen hatte. [3])

---

[1]) Frommhold § 1953. A 1.

[2]) So Binder I, S. 154. Hachenberg's Rat, der Erbe solle die Fürsorge des Nachlassgerichts zur Sicherung des Nachlasses anrufen, ist entschieden ratsam. § 1960. Hachenburg S. 657.

[3]) Dernburg § 149 VII. Planck § 1953 A 1. Neumann § 1953 2 g.

Von Verfügungen des Erblassers über Gegenstände, welche dem Erben gehören und von Verfügungen des des Erben über Gegenstände des Nachlasses ist im Gesetz nichts erwähnt, es greift daher § 185 BGB. Platz [1]). Unter Umständen könnte der Fall eintreten, dass Ansprüche gegen den Nachlass verjähren, bevor sie nach § 1958 gerichtlich geltend gemacht werden könnten. Dies könnte eine ungerechtfertigte Bereicherung des definitiven Erben zur Folge haben und so weit ist hier auch § 207 BGB. von Bedeutung. Dem definitiven Erben steht gegebenenfalls § 2018, das Recht auf Auskunftserteilung gemäss § 2027 und auf Herausgabe des unrichtigen Erbscheines an das Nachlassgericht gemäss § 2362 zur Seite. [2])

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass § 1953, Abs. I, II gemäss § 2180, Abs. III auch auf Vermächtnisse Anwendung findet. Die sich hieraus ergebenden Konsequenzen sind also auch auf Vermächtnisse zu übertragen.

## § 3. b). Erbunwürdigkeit.

Dieselbe Bestimmung wie in § 1953 findet sich in § 2344 BGB. wieder, also für den Fall der Erbunwürdigkeit § 2339 BGB. Da die Erbunwürdigkeit durch Anfechtung des Erbschaftserwerbes geltend ge-

[1]) Mot. V, S. 526. Staudinger § 1942 VII.

[2]) Staudinger § 1953 2 g.

macht wird und diese auch erst nach dem Anfall der Erbschaft zulässig ist — § 2340 I, II — so stellt sich auch hier erst nachträglich heraus, dass eine Confusion des Erbschaftsvermögens und des Vermögens des Erben nicht stattgefunden hat und infolgedessen auch die zwischen dem Erblasser und dem Erben bestehenden Rechtsverhältnisse nicht erloschen sind. [1])

Solange die Erbunwürdigkeit nicht geltend gemacht ist, behält der Erbe die Rechtsstellung eines Erben, [2]) erst mit der Rechtskraft des Urteils tritt die Wirkung der geltend gemachten Anfechtung ein. § 2340, 2342 II. Von da ab verliert der Erbe seine Eigenschaft als Erbe und zwar mit rückwirkender Kraft; jetzt erst gelangt die Erbschaft an einen Anderen. Nunmehr treten die Rechtsfolgen wie im Falle der Ausschlagung ein. Dasselbe Ergebnis tritt auch ein, wenn der Erbunwürdige die Erbschaft ausschlägt. [2a])

Für den Fall der Ausschlagung hat das Gesetz eine dem § 1959 Abs. I analoge Vorschrift nicht vorgesehen; trotzdem [3]) wird der später für erbunwürdig erklärte Erbe, falls er vor der Rechtskraft des Urteils erbschaftliche Geschäfte besorgt hat, dem definitiven Erben nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder über die ungerechtfertigte Berei-

[1]) Schwedler S. 180 ff. Mosler S. 110. Sachs S. 80.

[2]) Matthiass II S. 446 B.

[2a]) Staudinger § 2340 [4].

[3]) Staudinger § 2344 [5]. Planck § 2344 Z. 2.

cherung berechtigt oder verpflichtet sein. Von der Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten wird der Erbunwürdige frei, selbst wenn er das Recht auf Beschränkung der Haftung verloren hatte. [1]) Da auch die besondere Haftung aus der Verwaltung des Nachlasses bezw. der Besorgung erbschaftlicher Geschäfte nach § 1978 ff. zur Voraussetzung hat, dass der Erbe die Erbeneigenschaft endgültig behält, so fällt auch diese Haftung weg. [1a]) Für seine Haftung als schlechtgläubigen Besitzer wird in der Regel der Zeitpunkt der Besitzergreifung in Frage kommen, spätestens wird aber der Zeitpunkt des schlechten Glaubens mit der Erhebung der Anfechtungsklage beginnen. [2])

Auch eine dem § 1939 Abs. II, III analoge Bestimmung fehlt hier, da die Motive wegen der geringen praktischen Bedeutung der Erbunwürdigkeit eine besondere Vorschrift für entbehrlich hielten. [3]) Verfügungen des einstweiligen Erben über Nachlassgegenstände vor der Rechtskraft des ihn für erbunwürdig erklärenden Urteils, ebenso Rechtsgeschäfte, die in dieser Zeit ihm gegenüber in seiner Eigenschaft als Erben vorgenommen worden sind, entbehren also dem definitiven Erben gegenüber insoweit der Wirksamkeit, als die Vorschriften über den guten Glauben, das Vertrauen

[1]) Planck § 2344 Z. 2.

[1a]) Planck § 2344 Z. 2.

[2]) Staudinger § 2344 [5].

[3]) Mot. V, S. 602.

auf das Grundbuch und den Erbschein in Geltung kommen.[1])

Auch die einem Nacherben zugedachte Erbschaft kann wegen Erbunwürdigkeit angefochten werden. Diese ist aber gemäss § 2340 Abs. II abweichend von der Regel des Satzes I desselben Absatzes schon zulässig, sobald die Erbschaft dem Vorerben zugefallen ist. Auch Vermächtnis- und Pflichtteilsansprüche sind aus den Gründen der Erbunwürdigkeit anfechtbar, § 2345 BGB., nur dass in diesen Fällen eine Anfechtungsklage nicht erforderlich ist. Es genügt eine Anfechtungserklärung gegenüber dem Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigten, nicht dem Nachlassgericht, sie kann sogar durch Einrede gegenüber der Klage des Letztgenannten geschehen.[2]) Die Vorschrift des § 2345 gilt aber auch für Schenkungen von Todeswegen, sofern sie nach § 2301 Abs. I als Vermächtnisansprüche anzusehen sind. Ebenso gilt sie für die sog. gesetzlichen Vermächtnisse, den Voraus des überlebenden Ehegatten und den Unterhaltsanspruch der Familienangehörigen § 1932. 1969 BGB.[3]) In allen diesen Fällen ist die Wirkung der Anfechtung natürlich dieselbe wie im Falle der Anfechtung einer Erbschaft.

---

[1]) Staudinger § 2344 Z. 6.

[2]) So Dernburg § 111 VII. Frommhold § 2345 Z. 2. Strohal § 60 Nr. IV a. M. Endemann § 82 A. 26. Wie Dernburg auch Matthiass II, S. 446 B.

[3]) Frommhold § 2345 Z. 1. Strohal I § 60. A 24. Planck § 2345 Z. 3. Staudinger § 2345 Z. 6.

## § 4. c). Anfechtbarkeit, Nichtigkeit, Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen.

Gleichmässig [1]) wie der Fall der Erbunwürdigkeit, der uns infolgedessen länger beschäftigt hat, sind auch die Fälle der Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung wegen Irrtums, Drohung, Betruges und des Uebergangs eines Pflichtteilsberechtigten, falls dieser zur Zeit des des Erbfalls vorhanden war, zu behandeln. Anfechtungsberechtigt ist auch hier nur derjenige, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung zu Statten kommt, niemals der Erblasser.[2]) Die Art der Anfechtung bestimmt sich nach § 2081. 143.

Auch in den genannten Fällen kommt es zunächst zu einer Vereinigung der beiden Vermögensmassen und infolgedessen auch zu einem Erlöschen der zwischen dem Erblasser und dem Bedachten bestehenden Rechtsverhältnisse. Diese leben aber mit ihren Nebenrechten auf, falls die Anfechtung durchgeführt ist und zwar mit rückwirkender Kraft, also vom Augenblick der wirksamen Anfechtung.[3]) Die angefochtene letztwillige Verfügung [4]) und mit dieser auch eine andere in un-

---

[1]) Schwedler S. 161, 162.

[2]) Matthiass II, S. 421. Strohal I, S. 302. A. 15. Staudinger § 2778—79 I.

[3]) Schwedler S. 161, 162. Kretschmer S. 239.

[4]) Neumann § 2078 III [1]. Strohal I, § 41 III D. Staudinger § 2078—79 VI.

trennbarem Zusammenhange stehende Verfügung wird allerdings nur insoweit nichtig, als der Anfechtungsgrund es rechtfertigt. Soweit also die letztwillige Verfügung nichtig ist, leben die dinglichen und obligatorischen Rechte auf, wobei gutgläubigen Dritten gegenüber die Vorschriften des § 142 Abs. II, 892, 893, 2365, 932 ihre Geltung behalten. Mit Rücksicht darauf ist auch von der II. Kommission des § 2091 E. I. gestrichen worden, welcher für den Fall einer anfechtbaren Erbeinsetzung hinsichtlich gewisser Rechtshandlungen zu Gunsten des gutgläubigen Dritten den eingesetzten Erben trotz der Anfechtung als Erben gelten liess. Diese Vorschrift wurde als unnötig und gefährlich abgelehnt. [1])

Ist aber in der Zeit bis zur Geltendmachung der Anfechtung die Sache, an welcher das Recht bestand, veräussert worden oder sind an ihr andere dingliche Rechte begründet worden, ohne dass in beiden Fällen der Rechtserwerber die Anfechtbarkeit der Rechtsstellung seines Gewährsmannes kannte oder kennen musste, so ist im ersteren Falle das Wiederaufleben der dinglichen Rechte nach § 936 ausgeschlossen, im letzteren Fall treten sie im Range hinter den in der Zwischenzeit begründeten dinglichen Rechten zurück, § 1032, 1208. [2]) Zum Ersatz des negativen Interesses ist der Erbe dem

---

[1]) Staudinger § 2018 VI, Abs. 4.

[2]) Kretschmar S. 240.

Dritten nach ausdrücklicher Vorschrift des § 2078, Abs. III nicht verpflichtet. Die Gültigkeit [1]) selbst der auf Grund der Verfügung vom Beschwerten vorgenommenen Uebertragung des Eigentums an dem scheinbar vermachten Gegenstand wird nicht berührt, da der Bedachte den Gegenstand nicht unmittelbar auf Grund der Vermächtnisverfügung, sondern auf Grund eines selbständigen Rechtsgeschäftes des Beschwerten mit dem Bedachten erwirbt. Gleichwohl ist er zur Herausgabe nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet, da er den Gegenstand ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Eine Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts durch den Anfechtungsberechtigten und dadurch ein Aufrechterhalten der zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten bestehenden Rechtsverhältnisse ist im Gegensatz zum Erbvertrage ausgeschlossen, da der Erblasser seine letztwillige Verfügung nicht anfechten und daher auch nicht bestätigen kann.[2]) Dies ist nur durch Neuerrichtung der Verfügung möglich.

In einem Anfechtungsfalle kommt es allerdings nicht zu einem unmittelbaren Wiederaufleben der durch die Vereinigung erloschenen Rechte, nämlich dann, wenn bei Verletzung des Pflichtteils der Pflichtteilsberechtigte seinen Teil beansprucht — § 2303—2307.

[1]) Strohal I, 307, 308.

[2]) Endemann III, § 25. A. 23. Cosack II, § 349 III. Staudinger § 2078—79 I, S. 345, Abs. 4.

Denn die Eigenschaft als Erbe wird durch die Klage des Pflichtteilsberechtigten nicht aufgehoben und daher fallen auch die beiden Vermögensmassen keineswegs auseinander. Der Pflichtteilsberechtigte hat vielmehr nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben. Die erloschenen Rechte sind daher nicht als erloschen zu behandeln und kommen daher bei der Berechnung des Nachlassbestandes bezw. des Pflichtteils in Betracht. Hierdurch soll eine Bevorzugung oder eine Benachteiligung des Erben bezw. des Pflichtteilsberechtigten verhindert werden. [1])

Bei den nichtigen letztwilligen Verfügungen — §§ 125, 134, 138, 2229, 2231, 2263, 2302 — kommt es überhaupt nicht zu einer Vereinigung der beiden Vermögensmassen, der berufene Erbe erlangt überhaupt nicht die Eigenschaft eines Erben. Die zwischen dem Erblasser und Erben bestehenden Rechtsverhältnisse werden nicht berührt, da Recht und Verbindlichkeit, Recht und Belastung sich nicht vereinigen.

In der Wirkung kommt es also bei den nichtigen letzwilligen Verfügungen auf dasselbe hinaus wie bei den anfechtbaren. Zwischen beiden besteht doch nur der Unterschied, dass die Unwirksamkeit der nichtigen letztwilligen Verfügung von Anfang an feststeht, während die Unwirksamkeit der anfechtbaren Verfügung

---

[1]) Schwedler S. 162. Kretschmar S. 241. Planck § 2311 [2] c, Staudinger § 230—13 II. Strohal II, § 52 I.

von der freien Entschliessung der anfechtungsberechtigten Partei abhängt und bis zur Kundgebung derselben in der Schwebe steht.[1]) Sachlich ist die Anfechtbarkeit nichts anderes als die Befugnis zu privater Nichtigkeitserklärung.[2])

Man spricht aber auch noch von unwirksamen letztwilligen Verfügungen und versteht unter ihnen solche letztwillige Verfügungen, die gültig errichtet sind, die aber aus irgend einem Grunde der Gültigkeit entbehren oder sie verlieren — so §§ 1923, 2160, 1953, 2180, 158, 2077, 2109, 2252. 2253. Diese Fälle sind nach der ihnen eigentümlichen Rechtslage zu beurteilen,[3]) da sie entweder auf Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung hinauslaufen oder aber die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, von Recht und Belastung verhindern.

Trotz der in § 2346 analogen Bestimmung wie in § 2344 hat der Erbverzicht für unsere Frage keine Bedeutung, da seine Wirkung darin besteht, dass ein gesetzlicher Erbteil, ein Pflichtteils- oder Vermächtnisanspruch überhaupt nicht zur Entstehung gelangt. Dasselbe gilt für den Fall des Ausschlusses von der gesetzlichen Erbfolge. Eine Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, von Recht und Belastung zwischen Erblasser und Erben, bezw. zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten findet nicht statt.

---

[1]) Cosack I, S. 158 c. Kretschmar S. 238

[2]) Jacobi, Arch. f. civ. Pr., Bd. 86, S. 118.

[3]) Strohal I, S. 309.

## § 5. d). Testamentsvollstreckung.

In einer letztwilligen Verfügung kann aber auch der Erblasser den Testamentsvollstrecker beauftragen, seinen letzten Willen kraft eigenen Amtes und ohne Mitwirkung der Erben durchzuführen. Strohal[1]) und Cosack meinen nun, dass, falls der Nachlass der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, die Confusion der zwischen dem Erblasser und Erben bestandenen Rechtsverhältnisse nicht eintritt. Strohal schliesst dies aus § 2311, Abs. I. i. V. mit 2205, Cosack unterstellt dies als selbstverständlich mit Rücksicht auf § 2214, wonach Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, sich nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände halten können. Anderer Ansicht sind Planck und Staudinger[2]), und zutreffend ist u. E. die Begründung Planck's, dass die Vorschrift des § 2214 praktisch allerdings auf eine Absonderung des Nachlasses für die Nachlassgläubiger hinauslaufe, dass sie aber in der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers liege und nicht Zweck der Testamentsvollstreckung sei. Wegen der Absonderung des Nachlasses ist daher bei einer Verurteilung der Vorbehalt der beschränkten Haftung auf den Nachlass nicht erforderlich, selbst dann nicht, wenn nach Erlass des Urteils der Nachlass

[1]) Strohal I, S. 286. Cosack II, § 395 VI.

[2]) Planck, § 2214 Z. 1. Staudinger § 2212—14 II, Abs. III.

dem Erben ausgehändigt worden ist[1]). Aus dem in § 2211 ausgesprochenen, relativen gesetzlichen Veräusserungsverbot[2]) muss aber gefolgert werden, dass eine Verfügung des Erben über einen Nachlassgegenstand dem Testamentsvollstrecker und allen an der Stellung des Testamentsvollstreckers Interessierten gegenüber unwirksam, wenn auch nicht nichtig ist. Sie wird wirksam durch Zustimmung des Testamentsvollstreckers oder durch Wegfall der Verwaltung des Testamentsvollstreckers, sofern dieser in der Zeit seiner Verwaltung eine entgegenstehende Verfügung nicht getroffen hat[3]). Im Falle der Verfügung des Erblassers über einen dem Erben gehörenden Gegenstand kommt § 185 II. in Anwendung. Gutgläubige Dritte werden durch die Vorschrift des § 2211 II. geschützt Es kommen also die §§ 892 ff, 932 ff, 1032, 1207 2365 ff in Frage, es kommt hier aber nur der gute Glaube in Betracht, dass der betreffende Nachlassgegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegt[4]).

Das in § 2211, Ab. II ausgesprochene Veräusserungsverbot bezieht sich aber nur auf Verfügungen, welche die Nachlassgegenstände unmittelbar betreffen. Obli-

---

[1]) Frommhold § 22 B, Z. 4. Endemann § 54-4 b 3, S. 233, Staudinger § 2212-14, Z. V.

[2]) Dernburg V, S. 396 VI I.

[3]) Dernburg S. 396 VI. Strohal I, S. 386. Planck § 2211, Z. 2, 4. Staudinger § 2211, Z. 1.

[4]) Hackenburg S. 151.

gatorische Rechtsgeschäfte über Nachlassgegenstände stehen dem Erben frei, verpflichten ihn auch nur obligatorisch [1]). Auch der Miterbe kann über seinen Anteil am Nachlass nach § 2033 BGB. bei bestehender Verwaltung des Testamentsvollstreckers verfügen [2]).

Wie Verfügungen sind aber auch Verwaltungshandlungen tatsächlicher Natur zu behandeln, vorausgesetzt, dass sie eine unmittelbare Einwirkung auf einen Nachlassgegenstand enthalten [3]).

Es ist hier noch ein Fall zu erwähnen, den Strohal [4]) heranzieht, nämlich der Fall, dass der Gemeinschuldner beerbt wird oder der Erbe zur Zeit des Erbfalles bereits Gemeinschuldner ist. Der Fall gehört aber nicht hierher.

---

[1]) Dernburg V, S. 396 IV. Planck § 2211, Z. 1.

[2]) Planck § 2211, Z. 1.

[3]) Strohal I, S. 286. Dernburg S. 396 VI. Staudinger § 2211, Z. 2, 3. Planck § 2211, Z. 1, in der III. Auflage ist Planck a. M.

[4]) Strohal II, S. 80 b.

## II. Die vom Gesetz erwähnten Fälle.

Im zweiten Teil der Arbeit behandeln wir diejenigen Fälle der Vereinigung, auf die das Gesetz ausdrücklich Bezug nimmt, logischer Weise aber vorher den Fall des Aufgebots der Nachlassgläubiger, § 989 ff, CPO, obwohl er zu diesen Fällen nicht gehört.

### § 6. a) Der Fall des Aufgebotsverfahrens.

In dem Fall des Aufgebots der Nachlassgläubiger[1]) handelt es sich um einen Erben, der, einmal Erbe geworden, auch Erbe bleibt, so dass es zu einem Zusammenfliessen des Erbschafts- und Privatvermögens des Erben kommt, dann aber auch um einen solchen, der das Recht zur Beschränckung der Haftung noch nicht verloren hat. Andrerseits handelt es sich auch nur um ausgeschlossene Gläubiger, da Pfand- und Realgläubiger, solche, deren Ansprüche durch eine Vormerkung im Grundbuch gesichert sind, ferner diejenigen, welche im Konkurse ein Aussonderungsrecht haben, schliesslich Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und

[1]) Auch der Nachlassverwalter kann es beantragen. Singer, Seuff. Bl. 64, 339.

Auflagen durch das Aufgebot nicht betroffen werden. § 1971, 1972 BGB.

Die Wirkung der durch Urteil erfolgten Ausschliessung ist die, dass der Erbe die Befriedigung der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlassgläubiger insoweit verweigern kann, als der Nachlass durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird, und dass er den ausgeschlossenen Gläubigern nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Nachlassgläubiger einen etwaigen Ueberschuss der Erbschaft nur im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben hat. § 1973 II. Der Ausschluss der durch das Aufgebot betroffenen Nachlassgläubiger bezieht sich auch auf solche nicht angemeldete Forderungen, welche dem Erben bekannt, gegen ihn eingeklagt und durch Urteil erstritten sind[1]). Die in Absatz I. des § 1973 dem Erben gegebene Einrede ist materiellrechtlich, sie bewirkt die Ausschliessung der persönlichen Haftung des Erben; sie muss auch, falls die Ausschliessung zur Zeit des Prozesses noch nicht erfolgt war, im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden[2]). Es ist für den Erben deshalb auch vorteilhafter, wenn er sich im Falle einer Klage nur bei Vermeidung der

---

[1]) Böhm, Gr. Beitr. 42, 684, 685. Hachenburg S. 397.

[2]) Kretzschmar, Seuff. Bl. 1908, 777.

Zwangsvollstreckung in die Nachlassgegenstände, als mit dem Vorbehalt des § 780 I CPO. verurteilen lässt[1]). Hierdurch wird nämlich von vornherein ersichtlich, dass eine Pfändung in das Vermögen des Erben unzulässig ist. Das Reichsgericht selbst hat Gelegenheit gehabt, zu dieser Frage Stellung zu nehmen, hat sie aber unentschieden gelassen[2]).

Bei dem Aufgebotsverfahren kommt es also gewissermassen zu einer Absonderung von Erbschaft und Vermögen des Erben, wie im Falle der Nachlassverwaltung und des Nachlasskonkurses, nur in wesentlich anderer Gestalt. Die Herausgabe des Ueberschusses nach den Vorschriften des § 812 ff. BGB. ist eine Besonderheit der Wirkung des Aufgebotsverfahrens, und deshalb ist das Ausschlussurteil auch dann noch von Wert, wenn der Erbe das Recht der beschränkten Haftung ohnehin bereits erworben hat, weil es die Art seiner Haftung noch zu verbessern im Stande ist[3]). Er kann aber auch die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden, § 1973 II., und so die Haftung cum viribus hereditatis in eine solche pro viribus hereditatis umwandeln[4]). Anderenfalls erfolgt die Herausgabe zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege

[1]) Dernburg § 106 IV. und die Rechtsprechung.

[2]) RG-DJZ. 1905, 101 I.

[3]) Wendt, a. a. 6, S. 387. Hachenburg auch S. 690 ff.

[4]) Prot. V. S. 782.

der Zwangsvollstreckung, d. h. der Erbe kann den Ueberschuss auch gutwillig dem ausgeschlossenen Gläubiger herausgeben[1]), er braucht ihn aber nur an das für den ausgeschlossenen Gläubiger eintretende Vollstreckungsorgan herauszugeben, er muss also eine Vollstreckung in die noch übrig gebliebenen Nachlassgegenstände dulden[2]).

Infolge der Herausgabe des Ueberschusses des Nachlasses, der Trennung von Erbschaft und Erbenvermögen, müssen dem Nachlass alle Rechte des Erblassers hinzugerechnet werden, welche infolge der Vereinigung in der Person des Erben erloschen sind, andererseits müssen auch die erloschenen Rechte des Erben gegen den Erblasser abgezogen werden[3]). Ferner muss vom Nachlass abgezogen werden, was der Erbe einem anderen ausgeschlossenen Gläubiger bereits geleistet hat, wobei die Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines anderen ausgeschlossenen Gläubigers dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber, welcher seine Forderungen geltend macht, wie die Befriedigung gilt, § 1973, Abs. 2, S. 3[4]). Denn wozu der Erbe

---

[1]) Matthiass II. S. 568, Z. 2.

[2]) Planck § 197, 3-5 d. Dernburg § 166 VI. Frommhold § 1973, 2 d. Jäger S. 6, 7. Hachenburg S. 683, a. M. Wendt S. 382. Endemann § 101, $2^2$ a. 15.

[3]) Strohal, Linder II., 116.

[4]) Strohal II, 237 ff. Binder II, S. 116. A. 25, a. M. Staudinger V, S. 145 b, 1. Strohal II, 239. Dernburg § 116 VII.

verurteilt ist, mindert seine Bereicherung, ebenso wie dasjenige, was er bereits geleistet hat. Macht der ausgeschlossene Gläubiger nach der Erfüllung von Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen seine Forderung geltend, so muss er im Verhältnis zum Erben diese Erfüllung als aus dem Nachlass geschehen ansehen, er hat aber gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten, dem Empfänger der Auflage und des Vermächtnisses ein Anfechtungsrecht, § 222, A 6, § 3a, Anf Ges.[1]).

Was die Haftung des Erben gegenüber dem ausgeschlossenen Gläubiger anbelangt, so richtet sich diese, da seine Herausgabepflicht nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu erfolgen hat, nach den §§ 818 ff, nicht nach § 1978 ff. Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit greifen alsdann in weiterer Folge die §§ 989, 987, 291, 994 B. G.-B. ein, also die allgemeinen Grundsätze[2]).

Zum Ersatz von Verwendungen, die der Erbe auf den Nachlass aus seinem eigenen Vermögen gemacht hat, kann er aus den noch vorhandenen Nachlassgegenständen diejenigen auswählen, welche er zur Deckung seines Anspruchs um den Schätzungswert übernimmt und dann den ausgeschlossenen Gläubiger auf die übrig bleibenden Gegenstände verweisen[3]). Den Betrag der-

---

[1]) Dernburg § 166 VII. A. 22.

[2]) Strohal II, S. 240. Dernburg § 106 VIII. Neumann § 1973, Z. 6.

[3]) Strohal II, S. 247. Planck V, S. 79. B.

selben kann er aber auch von dem von ihm zu ersetzenden Werte nicht mehr vorhandener Gegenstände in Abzug bringen oder aber auch aus dem durch die Zwangsvollstreckung erzielten Erlös zunächst sich befriedigen[1]). Ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Verwendungen ist u. E. hier am Platze[2]). Ob allerdings der Erbe seine eigenen Forderungen an den Nachlass anmelden muss, ist bestritten. Es wird aber zu bejahen sein, wenn das Aufgebot vom Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter beantragt ist und das Ausschlussurteil während der Fortdauer dieser Aemter ergeht[3]).

Es kann aber auch eine Bereicherung des Erben vorliegen und zwar dadurch, dass Werte aus dem Nachlass in sein Vermögen übergegangen sind, z. B. weil er eigene Verbindlichkeiten aus Nachlassmitteln bezahlt hat. Es kann sich aber auch ein Nachlassüberschuss aus der gemäss § 818 VI oder 819 den Erben dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber treffenden Haftung ergeben. In diesen Fällen kann der ausgeschlossene Gläubiger zur Verwirklichung der Werte die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Erben betreiben[4]).

---

[1]) Strohal II, S. 247. Planck V, S. 79. B.

[2]) Planck S. 79. B. Dernburg § 106 X. 24. Binder II, S. 127. a. M. Strohal II, S. 247.

[3]) Neumann § 1971, 1972 Z. 2.

[4]) so m. E. zutreffend Strohal II, S. 249 l. A. 45. a. M. Binder II, S. 127. A. 82.

Bei der Befriedigung mehrerer ausgeschlossener Gläubiger ist der Erbe zur Beobachtung einer bestimmten Reihenfolge oder Rangordnung nicht verpflichtet. Er kann[1]) sie befriedigen, wie und wann sie sich melden, ohne Vorrechte einzelner Forderungen oder die Zeitfolge der Meldung, ja nicht einmal die Klageerhebung zu berücksichtigen, wohl aber seine rechtskräftige Verurteilung zur Befriedigung eines ausgeschlossen Gläubigers. Reicht der Nachlass zur Befriedigung sämtlicher vollberechtigen Nachlassgläubiger nicht aus, so hat der Erbe den Nachlasskonkurs zu beantragen, so dass eine konkursmässige Befriedigung der Gläubiger eintritt[2]). Der ausgeschlossene Gläubiger ist zur Stellung des Antrages auf Eröffnung des Nachlasskonkurses nur befugt, wenn über das Vermögen des Erben das Konkursverfahren eröffnet ist. Nach der überwiegenden Ansicht ist ihm auch die Befugniss zur Stellung des Antrages auf Anordnung der Nachlassverwaltung nicht versagt[3]). Der wegen der ihm obliegenden Leistung in Anspruch genommene Gläubiger kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB. entgegensetzen, falls seine ausgeschlossene Forderung auf einem gegenseitigen Ver-

[1]) Staudinger V, S. 143, 2a. Planck S. 80 f.

[2]) Dernburg V, S. 166 X. Strohal II, S. 249, 250. Jäger 45.

[3]) Strohal II, S. 250. Staudinger S. 148 V. Böhm, Gr. Beitr. 42, S. 687. Jäger S. II, 42. Binder II, S. 218. a. M. Planck § 1793, Z.

trage beruht[1]). Diese Einrede kann der Gläubiger auch im Wege der Aufrechnung geltend machen, falls er seine ausgeschlossene Forderung zur Zeit des Wirksamwerdens der Ausschliessung gegen eine zum Nachlass gehörende Forderung aufrechnen konnte[2]).

Gleich wie den eben besprochenen Fall behandelt auch das Gesetz den Fall der sog. Verschweigung § 1974 BGB., eine Bestimmung, welche auf die Anregung der bayrischen Regierung in der II. Kommission zu dem Zwecke geschaffen wurde, den Erben vor Nachlassverbindlichkeiten zu schützen, welche ihm erst lange Zeit nach dem Erbfall bekannt werden[3]). In erster Linie handelt es sich hier um Fälle, in denen ein Aufgebotsverfahren nicht stattgefunden hat, aber, wie aus Abs. I hervorgeht, auch dann, wenn dies der Fall gewesen ist, ferner um Forderungen, welche durch das Aufgebotsverfahren nicht betroffen werden, also insbesondere um Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen.

Die Wirkung der fünfjährigen, in der Regel von dem Erbfall beginnenden Verschweigung, Ausnahme Abs. I, S. 2, ist mit wenigen Ausnahmen dieselbe wie im Falle der Ausschliessung. Auch hier kommt es

---

[1]) Planck V, S. 78, Z. 3. Strohal II, S. 250.

[2]) Böhm, Gr. Beitr. 42, S. 687. Staudinger V, S. 148 VI. Strohal II, S. 250, a. M. Planck V, S. 78. Z. 3.

[3]) Endemann III, § 96, A. I. Planck § 1974, A. I.

gewissermassen zu einer Absonderung der Erbschafts masse von dem übrigen Vermögen des Erben, da er den Ueberschuss des Nachlasses im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger herauszugeben hat. Verschwiegene Forderungen sind wie ausgeschlossene vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen, es sei denn, dass die letzteren zur Zeit der gerichtlichen oder aussergerichtlichen Geltendmachung der Forderung, auch einem Nachlasspfleger, Nachlassverwalter oder Testamentsvollstrecker gegenüber, bereits berichtigt sind[1]). Pflichtteilsrechte sind vor den Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen, jedoch dann nicht, wenn die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches erst nach Befriedigung der Vermächtnis- bezw. Auflageansprüche erfolgt. Abweichend von dem Fall der Ausschliessung ist hier der Erbe überhaupt beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger, die nach § 1974 ausgeschlossenen Gläubigern gleichzustellen sind, zur Einhaltung einer bestimmten Reihenfolge verpflichtet. § 226, K. O.[2]).

Schliesslich sei noch bemerkt, dass der Erbe, der für die Nachlassverbindlichkeiten überhaupt oder in

---

[1]) Dernburg § 167 I 2. Plauck V. S. 82, Z. 3. S. 83, Z. 6.

[2]) Hackenburg S. 697. Strohal II, S. 254. Planck V, S. 83 Frommhold § 1974, Z. 3, vgl. noch Wendt, S. 381. Jäger S. 13.

Ansehung einer einzelnen unbeschränkt haftet, sich nicht auf die Verschweigung berufen kann, also wenn er gegen seine Inventarpflicht überhaupt oder wenigstens dem Kläger gegenüber verstiess, § 1994, 2013, 2005, 2006. Ist aber einmal die Verwirklichung der Verschweigung hinsichtlich eines gegen den Nachlass sich richtenden Anspruchs eingetreten, dann bleibt sie auch bestehen, selbst wenn späterhin infolge irgend eines Umstandes die unbeschränkte Haftung des Erben eintreten sollte[1]).

## § 7. b) Der Fall des Nachlasskonkurses und der Nachlassverwaltung.

Nunmehr kommen wir zu der ersten, im Gesetz ausdrücklich erwähnten Bestimmung, welche auf die confusio bonorum Bezug nimmt.

Nach § 1942 BGB. geht die Erbschaft unmittelbar mit dem Tode des Erblassers auf den Erben über und zwar kraft Gesetzes. Eine weitere Folge dieses Grundsatzes ist aber die, dass auch der Uebergang aller Rechte und Verbindlichkeiten kraft Gesetzes sich vollzieht, insbesondere auch, dass durch den Erbfall die Erbschaft mit dem Vermögen des Erben zu einer Einheit verschmolzen wird, iuncta enim hereditas coepit esse. Damit nun diese Vereinigung der beiden Ver

[1]) Strohal II, S. 225, Z. 5. Dernburg § 167 III 2. Staudinger V, S. 150, Z. 2.

mögensmassen weder dem Erben noch den Nachlassgläubigern zum Nachteil gereicht, hat das Gesetz Mittel geschaffen, eine Sonderung der beiden Massen herbeizuführen und zwar, abgesehen von anderen Rechtsbehelfen, durch die Nachlassverwaltung und den Nachlasskonkurs. In § 1976 BGB. bestimmt nämlich das Gesetz:

> „Ist die Nachlassverwaltung angeordnet oder der Nachlasskonkurs eröffnet, so gelten die in Folge des Erbfalles durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen".

Durch Anordnung dieser Massnahmen wird die Aufhebung der Vereinigung der beiden Massen herbeigeführt[1]), ein Erfolg, der im römischen Rechte durch das beneficium separationis bewirkt wurde. Infolge der Trennung leben die Rechtsverhältnisse, welche zwischen dem Erblasser und dem Erben bestanden haben und deren Erlöschen die Vereinigung herbeigeführt hat, wieder auf und zwar ex tunc, mit dinglicher Wirkung. Es tritt nicht etwa eine persönliche Verpflichtung unter den Beteiligten ein, den früheren Zustand wie im Falle des § 1991, 2377 als fortbestehend gelten zu lassen[2]). Dies will das Gesetz durch die

[1]) Binder II, 86.

[2]) Thal S. 129. Planck § 1976, S. 91. Frommhold § 1979. Neumann § 1976, A. I. Staudinger § 1976, A. 2. Dernburg V, § 169 VI [1].

Fassung „gelten als nicht erloschen" sagen, eine Ausdrucksweise, die übrigens der wirklichen Rechtslage auch entspricht und daher keine Fiktion ist[1]), wie dies von der Kommission für die zweite Lesung aufgefasst worden ist. Denn da die ursprünglich zusammengeflossenen Vermögensmassen späterhin auseinanderfallen, so erweisen sich auch die zwischen dem Erblasser und dem Erben erloschenen Rechtsverhältnisse als bestehend an, wenn auch der Erbe die Eigenschaft als Erbe behalten hat. So erklärt sich aber auch, dass der im E. I, § 2114 ursprünglich enthaltene Satz. „Erforderlichenfalls ist ein solches Recht wiederherzustellen" gestrichen wurde, da man ein Bedürfniss für ihn nicht finden konnte[2]). Allerdings nehmen vereinzelte Schriftsteller eine dingliche Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes nicht an, vielmehr soll nur rechnerisch zum Nachlass hinzugezogen werden, was im Augenblick des Todes des Erblassers vorhanden war, der Erbschaftserwerb soll nicht rückgängig gemacht werden, aber diese Ansicht dürfte überwunden sein[3]).

Aus der Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes ergab sich auch die Vorschrift des § 225 KO.,

---

[1]) M. V. S. 631. Prot. V. S. 813. Planck § 1976, S. 91. Cosack § 381 V. Mosler S. III. Neumann § 1976, A. I. Böhm, Gr. Beitr. Bd. 42. S. 437. Staudinger § 1976, A. 2.

[2]) Prot. V. S. 131, 738.

[3]) Wendt S. 365. Schwedler S. 180. Kretschmar S. 251. vgl. noch die S. 47, A. 2. angeführte Literatur.

wonach der Erbe im Nachlasskonkurse die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche geltend machen kann, es folgt aber auch daraus, dass er alles zum Nachlass herausgeben muss, was er dem Erblasser schuldete. Auch eine Wiederverhaftung von Pfändern und Bürgen, welche zur Sicherung der zwischen Erben und Erblasser bestandenen Forderungen bestellt waren, tritt ein[1]).

Hinsichtlich der Aufrechnung von Forderungen des Nachlassgläubigers gegen eine nicht zum Nachlass gehörende Forderung des Erben vor der Anordnung der Nachlassverwaltung oder der Eröffnung des Nachlasskonkurses und zwar ohne Zustimmung des Erben gilt § 1977, Abs. I. Die Aufrechnung einer solchen Forderung ist nämlich nach Eröffnung des Nachlasskonkurses oder nach Anordnung der Nachlassverwaltung als nicht erfolgt anzusehen. Dasselbe gilt auch dann, wenn ein Gläubiger, ohne Nachlassgläubiger zu sein, die ihm gegen den Erben zustehende Forderung gegen eine zum Nachlass gehörende Forderung aufgerechnet hat, § 1977 II, BGB. Die Bestimmung des § 1977 gilt

---

[1]) Neumann § 1976 A. I. Frommhold § 1976. Strohal II, S. 79. Dernburg V, S. 478 VI[1]. Planck § 1976, Z. 3. Staudinger § 1976, Z. 2. A. M. Kretschmar S. 228. Binder II, S. 91, A. 113 will diesen Fall nur eintreten lassen, wenn eine Forderung des Nachlasses gegen den Erben gesichert ist, nicht aber eine Forderung des (Erblassers) Erben gegen den Nachlass. Ein Grund für diese Unterscheidung ist nicht ersichtlich.

aber nicht[1]) für Aufrechnungen, die vom Erben ausgegangen sind. Sie bleiben in Kraft, wie alle anderen Verfügungen des Erben über Nachlassgegenstände. Erfolgte aber die Aufrechnung im Interesse des Erben, so ist er dem Nachlassgläubiger gemäss § 1978, Abs. I ersatzpflichtig, erfolgt sie im Interesse des Nachlasses, so kann der Erbe Ersatz gemäss § 1979 BGB. verlangen oder es tritt § 225 II, KO. ein[2]). Die Vorschrift des § 1977 gilt aber auch nicht für die Nachlassberechnung in den Fällen des § 1990, 1991[3]).

Die Haftung des Erben für die Verwaltung des Nachlasses bis zur Annahme der Erbschaft bestimmt sich gegenüber den Nachlassgläubigern nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, von da ab nach denjenigen über den Auftrag. Sie besteht aber von vornherein, nicht erst mit der Einleitung des Nachlasskonkurses oder der Nachlassverwaltung[4]). Er ist also einerseits als Mandatar oder negotiorum gestor verantwortlich, andererseits kann er aber auch Ersatz der ihm zustehenden Ansprüche wegen Verwendungen verlangen. Er ist also nicht behandelt wie ein gutgläubiger Besitzer bei der Herausgabe der Erbschaft

[1]) Dernburg V, S. 478 VI[2]. Planck § 1977, Z. 1., vgl. hierzu noch Jäger 55, Planck 1977, Z. 2.

[2]) Böhm, Gr. Beitr. Bd. 42, S. 474. Planck § 1977, Z. 1. Wendt S. 366.

[3]) Eccius, Gr. Beitr., Bd. 43, S. 638.

[4]) Eccius, Gr. Beitr., Bd. 43, S. 622.

§ 2021, und unter die gleiche Categorie fällt sein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen [1]). Seinem guten Glauben wird nur im Falle des § 1979 Rechnung getragen, insofern nämlich, als die Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit durch den Erben von der Nachlassverwaltung anerkannt werden soll, wenn der Erbe den Umständen nach den Nachlass zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten für ausreichend annehmen konnte. Wegen des Anspruchs auf Verwendungen steht dem Erben sogar im Falle der Nachlassverwaltung ein Zurückbehaltungsrecht am Nachlasse zu, im Falle des Nachlasskonkurses wird er wie ein Massegläubiger behandelt [3]). Dagegen steht dem Nachlassverwalter, der Aufwendungen gemacht hat, um Schadenerssatzansprüche des Gläubigers gegen den Nachlass befriedigen zu können, ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu [4]).

Mit der Separatio bonorum hängt auch die Bestimmung des § 1984 II zusammen. Die Aufhebung von Zwangsmassregeln, die zu Gunsten eines Nachlassgläubigers in das Vermögen des Erben oder eines anderen als des Nachlassgläubigers in den Nachlass erfolgt sind, kann der Erbe, bezw. der Nachlassverwalter gemäss § 784 CPO., verlangen [5]).

[1]) Wendt, S. 367.

[2]) Wendt, S. 367.

[3]) Cosack II. S. 767 2b 768; Eccius, Gr. Beitr. 43,634 a. M. Strohal III S. 265.

[4]) Rly. R. 1906, 247.

[5]) Wendt S. 368.

Im Falle der unbeschränkten Haftung des Erben findet der § 1977 keine Anwendung. Dagegen wird die dem § 1976 beigelegte Wirkung durch die unbeschränkte Haftung nicht berührt, § 2013 BGB. Dieselben Wirkungen treten auch im Falle der unbeschränkten Haftung einzelnen [1]) Gläubigern gegenüber, also insbesondere im Falle des § 2006 und des Verzichts auf die Unzulänglichkeitseinrede.

Was die Verfügungen des Erblassers über einen zur Zeit des Erbfalls zum Vermögen des Erben gehörenden Gegenstand betrifft, so sind diese nach § 185 II BGB., nur wirksam, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Die Konvaleszenz wird durch die Nachlassverwaltung oder den Nachlasskonkurs verhindert, wenn und solange eine Haftungsbeschränkung dem Erben offen steht, da diese nur eintreten soll, wenn eine Absonderung des Nachlasses von dem übrigen Vermögen des Erben bereits feststeht [2]). Verfügungen des Erben bei Lebzeiten des Erblassers über einen zum Vermögen des letzteren gehörenden Gegenstand werden dagegen schon dadurch wirksam, dass er den Gegenstand erwirbt, § 185 BGB. Dagegen sind Verfügungen des Erben während der Dauer der Nachlassverwaltung ungiltig [3]).

---

[1]) Staudinger § 2013.

[2]) Strohal II S. 80 ff. Endemann III § 84a 6. Staudinger § 1976 Z 5.

[3]) Eccius Gr. Beitr. 50, 487.

## C. § 8. Der Fall der Unzulänglichkeit des Nachlasses.

Sehr oft[1]) tritt nun der Fall ein, dass der Nachlass zur Bestreitung der Kosten[2]) eines Nachlasskonkurses oder der Nachlassverwaltung nicht ausreicht, so dass die Eröffnung einer dieser Massnahmen unterbleibt oder aber auch ihre nachträgliche Einstellung angeordnet wird. Gleichgültig ist hierbei, ob der Nachlass schon beim Erbfall nicht ausreicht, oder ob sich dies erst später herausstellt[3]). In einem solchen Falle soll der Erbe nicht persönlich in Anspruch genommen werden können, sondern nur bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlass[4]), es steht ihm, vorausgesetzt, dass er nicht unbeschränkt haftet, — § 2013, BGB. — die Unzulänglichkeitseinrede aus § 1990 BGB. zu. Diese Einrede kehrt in der Literatur unter den verschiedensten Namen wieder und so als Abzugsein-

[1]) Im Jahre 1898 wurden in Deutschland 623 Anträge auf Eröffnung des Konkursverfahrens wegen Mangels an Masse abgelehnt, 6741 eröffnete Konkurse aus demselben Grunde eingestellt — Endemann III, § 101, A 2.

[2]) Für die Beantwortung der Frage, ob eine der Kosten des Verfahrens enteprechende Masse vorhanden ist, sind auch die durch Konfusion erloschenen Rechte des Erblassers heranzuziehen — Wolff-Iherings J. Bd. 44, S. 349.

[3]) Dernburg V S. 479. Strohal II, S. 299. Binder II, S. 207.

[4]) Dernburg V, S. 480 und die Rechtsprechung.

rede, Einrede der Dürftigkeit des Nachlassers, Erschöpfungseinrede, Einrede des ärmlichen und unzulänglichen Nachlasses [1]). Der von Matthiass [2]) aufgebrachte und von Staudinger [3]) weiter aufgenommene Name als Unzulänglichkeitseinrede dürfte aber der gangbarste sein. Diese Einrede, zu deren Geltendmachung nicht erforderlich ist, dass ein Antrag auf Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlasskonkurses abgelehnt worden ist [4]), steht dem Erben zu, wenn der Nachlass durch Vermächtnisse und Auflagen, nicht auch durch Pflichtteilslasten [5]) überschuldet ist, ohne dass es hier auf das Vorhandensein einer den Kosten des Verfahrens einer Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurses entsprechender Masse ankäme [6]). Die Einrede der Unzulänglichkeit des Nachlasses, die übrigens auch dem Nachlassverwalter zusteht [7])

---

[1]) Endemann § 101 III. Cosack II § 382 III. Strohal II S. 298. Planck § 1975 Z. 6. Frommhold § 1990, 1991 Bem. 1. Jäger S. 6.

[2]) Matthiass II § 173.

[3]) Staudinger § 1990—92 II.

[4]) Planck § 1990a, A. M. Wendt S. 380, ebenso KG. in R. 1907—832. Hachenburg, S. 388, empfiehlt die Stellung dieses Antrages.

[5]) Matthiass II 377. Frommhold 60.

[6] Wendt S. 413, dehnt die Bestimmung des § 1992 auch auf Pflichteilsansprüche aus, dagegen m. E. richtig Planck 1992 Z. 4. Jäger 10. A 28.

[7]) Wendt S. 413. Böhm Gr. Beitr. 42, 478.

— die Unzulänglichkeit des Nachlasses hat der Erbe zu beweisen [1]), gibt dem Erben das Recht, die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht und zwar selbst dann, wenn der Gläubiger nach dem Eintritt des Erbfalles im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung ein Pfandrecht oder eine Hypothek oder im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt hat. Der Erbe ist alsdann verpflichtet [2]), den Nachlass zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben [3]). In der Zwangsvollstreckung setzt aber die Geltendmachung der Einrede den Vorbehalt der beschränkten Haftung im Urteile über die Nachlassverbindlichkeiten voraus, eine Verurteilung mit Vorbehalt ist wiederum davon abhängig, dass der Beklagte nicht jede Haftung bestreite, dass die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung gegeben sei. Diese Möglichkeit fällt aber weg, wenn ein Nachlass entweder von vornherein nicht vorhanden war, oder wenn er nicht übrig geblieben ist [4]).

---

[1]) Endemann III, § 101 2e [5]. Strohal II 299. Jäger 8. A. M. Eccius Gr. Beitr. 43, 615.

[2]) S. 35, A 1, der vorliegenden Arbeit.

[3]) Eine analoge Anwendung der § 1990, 1991, findet in den Fällen der §§ 419, 1480, 1504, 2036, 2037, 2145 II, 2187 III. Anwendung.

[4]) Neumann § 1990 3a. Eccius Gr. Beitr. 43, 617. Rudorff, Gr. Beitr. 51, 174. Dernburg III, § 170, Z. V.

Macht nun der Erbe von dem ihm im § 1990 zustehenden Rechte Gebrauch, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse im Verhältnisse zwischen dem Erben und dem Gläubiger als nicht erloschen. — § 1991 II, BGB. Gegenüber [1]) dem § 1976 BGB. gelten die fraglichen Rechtsverhältnisse nicht allen Nachlassgläubigern, sondern nur denjenigen gegenüber, welcher die Forderung geltend macht, als nicht erloschen. Durch diese Bestimmung und durch das Prinzip der Herausgabepflicht wird eine Trennung [2]) der beiden Vermögensmassen herbeigeführt, wenn auch das Subjekt der Massen dasselbe und ebenso der Eigentümer der Massen derselbe geblieben ist. Der frühere Rechtszustand tritt jedoch nicht mit dinglicher Wirkung ein und zwar deswegen, weil die Herausgabe nicht durch eine vom öffentlichen Interesse geleiteten Eingreifen des Gerichts, sondern nur durch ein privates Rechtsgeschäft vollzogen wird [3]). Die Herausgabe des Nachlasses selbst erfolgt nicht tatsächlich, sie soll nichts anderes bedeuten. als eine Überlassung der Gegenstände an den Gläubiger zur Befriedigung im Wege

---

[1]) Binder II, 89.

[2]) Binder II, 86.

[3]) Mosler S. 113.

der Zwangsvollstreckung oder Zwangsversteigerung [1]). Sowohl im Falle des § 1990 wie im Falle des § 1992 [2]) BGB., soll eine Haftung des Erben cum viribus hereditatis herbeigeführt werden, mit dem Unterschied, dass in dem Falle des § 1992 die Haftung des Erben in eine Haftung pro viribus hereditatis umgewandelt werden kann.

Hinsichlich der Verantwortlichkeit, der Herausgabe des Nachlasses und des Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen gelten folgerichtig — wegen der separatio bonorum — ebenso wie beim Nachlasskonkurs und bei der Nachlassverwaltung die §§ 1978, 1979, nicht wie im Falle des § 1973, 1974 die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung; die Verantwortlichkeit des Erben besteht nicht nur bis zur Klageerhebung seitens des Gläubigers oder bis zur Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlasskonkurses, sondern bis zum Augenblick der Herausgabe des Nachlasses. [3]) Dagegen trifft den Erben nicht die

---

[1]) Wendt 383. Dernburg III, § 170 III. Planck § 1991 a. Staudinger § 1990—92, B 1. Frommhold § 1990, 1991[2], A. M. Hachenburg S. 685. Cosack II, § 382, IV[1]. Endemann III, § 101, 2c[2] A. 15. Siber, Iherings J. 50, 131 ff.

[2]) § 1992 BGB., gilt auch für den Nachlassverwalter. Böhm, Gr. Beitr. 42, 478. Wendt 413. Singer, Seuff, Bl. 64, 340.

[3]) Planck, § 1991 1b, ebenso Neumann § 1991, Ia. A. M. Wendt, S. 384.

Pflicht aus § 1980, obwohl die Reichtagsvorlage auch diese Bestimmung umfasste. Die Reichstagskommission schied sie aber aus. Überwiegende Gründe sprechen aber dafür, diese Vorschrift mit zu berücksichtigen.[1])

In weiterer Folge ist zur Feststellung des Nachlasses demselben alles zuzurechnen, was der Erbe zum Nachlass schuldet, er muss auch dingliche Rechte, die von einer ihm gehörenden Sache infolge der Vereinigung untergegangen sind, neu bestellen.[2]) Andererseits darf er eigene Forderungen und bereits berichtigte Forderungen anderer Nachlassgläubiger in Ansatz bringen, wegen der ihm — bei letzteren, solange er nicht mehr annehmen darf, dass der Nachlass zur Berücksichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten nicht ausreicht — ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.[3])

Die Befriedigung der Gläubiger erfolgt in der Reihenfolge, wie sie sich melden.[4]) Der Erbe braucht nicht die Beschränkung aus § 1990 im Prozess über die Nachlassforderung durchzuführen, sondern er sichert sich diese Beschränkung für die Zwangsvollstreckung

---

[1]) Strohal II, § 81 A. 5. Dernburg III, § 170 A 12. Planck § 1991 1b. Binder II. S. 207, A. 12, A. M. Staudinger § 1990 bis 92 IV.

[2]) Schwedler S. 180.

[3]) Schwedler S. 180. Eccius, Gr. Beitr. 43, 639. Planck § 1991 1e, A. M. Staudinger § 1990, B. 3b. Strohal § 81, A 13.

[4]) Wendt S. 383. Frommhold § 1990, 1991, 5c. Matthiass II, S. 576, A.

schon dadurch, dass er die Aufnahme eines Vorbehalts aus § 780 CPO. in die Urteilsformel erwirkt. [1]) Hat aber ein Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil erstritten, so muss ihm der Erbe alles herausgeben, was zu dieser Zeit vom Nachlass vorhanden war — § 1991 III BGB. [2]) Zu einer konkursmässigen Befriedigung der Nachlassgläubiger also ist der Erbe nicht verpflichtet, nur die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen — und zwar Pflichtteilsrechte vor Vermächtnissen und Auflagen — hat er so zu berichtigen, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung gelangen würden — § 1991 IV BGB, § 226, 227 KO. Verstösst der Erbe gegen diese Pflicht, so gilt seine Leistung an den Gläubiger nicht als für Rechnung des Nachlasses erfolgt, und daher wird er alsdann für die ihm ausgelieferten Gegenstände voll ersatzpflichtig. [3]) Hat der Erbe aus Irrtum über die Unzulänglichkeit des Nachlasses oder aus Rechtsirrtum etwas geleistet, obwohl er von dem ihm aus § 1990 zustehenden Rechte hätte Gebrauch machen können, so kann er das Geleistete auf Grund der § 812—814, BGB., zurückfordern. [4]).

---

[1]) KG. in R. 1907, 832.

[2]) Planck 1991, 1e.

[3]) Endemann § 101, 2b, RG. J. W. 1908, [487].

[4]) Planck § 1991, Z. 5. Staudinger § 1990—92 VI.

Bezüglich der Zulässigkeit der Aufrechnung [1]) kommen die allgemeinen Grundsätze in Anwendung, da die §§ 1990—92 hierüber keine Bestimmung enthalten. Trotz des § 390 BGB., welcher eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, von der Aufrechnung ausschliesst, ist diese zulässig, wenn der Nachlassgläubiger Schuldner einer zum Nachlass gehörenden Forderung ist. Nach Strohal [2]) steht die Einrede aus § 1990, 1992, Vermächtnissen vom Zeitpunkt ihrer Entstehung entgegen und daher ist ihre Verwendung zur Aufrechnung nach § 390 ausgeschlossen — m. E. mit Recht. Dagegen ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrages für den Nachlassgläubiger, dem gegenüber der Erbe die Einrede aus § 1990, BGB., entgegensetzen kann, nicht ausgeschlossen. [3])

## § 9. d. Der Fall der Nacherbfolge.

Während [4]) das römische Recht den Grundsatz hatte: semel heres, semper heres, ist dieser Grundsatz in dem heutigen Reichsrecht preisgegeben. Mit dem Eintritt einer Nacherbfolge erwacht nämlich das Erbrecht des Nacherben, die Erbschaft fällt ihm ohne

---

[1]) Strohal II, § 81, A. 18, Staudinger 1990—92 III. Planck § 1991, A. 3.

[2]) Strohal II, § 82, I[3], A. 5.

[3]) Staudinger § 1990—1992, III.

[4]) Schwedler S. 166 ff. Kretschmar S. 254 ff. Sachs S. 82.

weiteres an, ohne dass hierzu eine Erklärung oder eine Herausgabe des Vorerben erforderlich wäre. Der Nacherbe ist nicht Erbe des Vorerben, sondern des Erblassers, auch wenn der Vorerbe nach § 2145, 2146, BGB. nach dem Eintritt der Nacherbfolge den Nachlassgläubigern haftbar ist.[1a]) Dem Nacherben steht das Recht zu, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen und zwar steht ihm dieses Recht, wie manche Autoren annehmen, vom Eintritt des Erbfalls an zu. Der Eintritt des Rechtserwerbes selbst tritt mit dem vom Erblasser bestimmten oder nach den gesetzlichen Auslegungsregeln anzunehmenden Zeitpunkt, er wird keineswegs auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückdatiert.[2])

Mit dem Eintritt der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, der Nacherbe wird Erbe. Es tritt eine Scheidung des Nachlasses vom Vermögen des Vorerben ein und es gelten die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen. — § 2143, BGB. Der Vorerbe kann nunmehr alle ihm gegen den Erblasser

---

[1a]) Dernburg III § 56 I.

[1]) Frommhold § 2142, A. 1. Strohal I, § 16a, A. 1, A. M. Planck § 2142, Z. 3. Dernburg III, § 59 III — sie gestatten nur die Ausschlagung, ebenso Matthiass II, S. 473 I.

[2]) Endemann III, § 41 A 1. Kretschmar S. 254.

zustehenden Ansprüche gegen den Nacherben geltend machen, er muss jetzt aber auch alles entrichten, was er zum Nachlass schuldete.

Für Verwendungen, abgesehen von den gewöhnlichen Erhaltungskosten, die der Vorerbe zum Zwecke der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen den Umständen nach für erforderlich halten darf und die er aus seinem Vermögen bestritten hat, haftet ihm der Nacherbe auf Ersatz § 2124, BGB., dasselbe gilt auch in Ansehung von ausserordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind, § 2126 BGB. Für Verwendungen, die nicht unter § 2124 BGB., fallen, kann der Vorerbe Ersatz nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen — § 2125. Eine Einrichtung, mit der der Vorerbe eine zur Erbschaft gehörende Sache versehen hat, ist er berechtigt wegzunehmen — § 2125 II.

Das Wiederaufleben der[1]) früheren Rechtsverhältnisse tritt, ebenso wie im bisherigen Rechte, mit dinglicher Wirkung ein — ex tunc. Es erfolgt also nicht nur im Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben, sondern auch dritten gegenüber, so dass also in dieser Beziehung auf die Darstellung bei dem § 1976 BGB. verwiesen werden kann. Ob man nun annimmt, dass die zwischen dem Erblasser und Vorerben be-

[1]) Neumann § 2143. Frommhold § 2143. Planck § 2143. Staudinger § 2143. Endemann III, § 42 Z. 3., vgl. noch Thal 132.

stehenden Rechtsverhältnisse nur unter einer Resolutivbedingung oder einer Zeitbestimmung erloschen waren [1]) oder, dass sie in der Zwischenzeit nur ruhen [2]), dürfte m. E. mit Rücksicht auf die dem § 2143 beigelegte, aber auch vom Gesetz im obigen Sinne gewollte Wirkung gleichgültig sein. Die Wirkung des § 2143 ergibt sich auch aus § 2139 [3]), die positive Bestimmung des § 2143, BGB. ist insofern von Bedeutung, als sie jegliche Bedenken beseitigt. Das Wiederaufleben der erloschenen Rechtsverhältnisse mit dinglicher Wirkung hatte aber auch zur Folge, dass der im E. I. ursprünglich aufgenommene Zusatz: «Erforderlichen Falls ist ein solches Recht wiederherzustellen», von der II. Kommission gestrichen wurde, da ein Fall, auf den die Vorschrift Anwendung finden würde, nicht vorkommen werde.

Rechte erhalten also ihren früheren Rang zurück. Eine Verjährung der wiederauflebenden Forderungen des Erblassers, überhaupt seiner Ansprüche, kann während der Dauer der Vereinigung nicht [4]) eingetreten sein, da der Verjährung nur das während der Konfusion nicht vorhanden gewesene Recht unterliegt,

---

[1]) Schwedler S. 169. Planck § 2143.

[2]) Kretschmar S. 255. Cosack III, S. 802 Z. 3. Sachs S. 82. Schwedler S. 169. Mosler 107. Thal S. 133.

[3]) Prot. S. 6829.

[4]) Neumann § 2143, Z. 2. Planck § 2143.

von einem Anderen, ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen. Auch die in der Zwischenzeit vorgenommenen Pfändungen sind unwirksam gewesen. Ebenso, wie im Falle des § 1976, sind auch hier die dinglichen Rechte an Grundstücken nicht berührt, da sie infolge der Konfusion nicht erlöschen. Daher bestimmt auch § 2113, BGB., dass Verfügungen des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. An und für sich sind diese Verfügungen nicht ungültig, sie sind, solange das Recht des Vorerben an der Erbschaft besteht, gegenüber Jedem rechtsbeständig. [1]) Die Unwirksamkeit der Verfügungen tritt erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge, aber dann von selbst [2]) ein, wenn sie auch in der Regel von dem Nacherben geltend gemacht wird. Ihre Unwirksamkeit ist aber auch nicht relativ, sondern absolut; jeder kann sich auf sie berufen, der ein rechtliches Interesse hat, weil es sich hier nicht um ein gesetzliches Veräusserungsverbot i. S. des § 135, sondern um eine entgegenstehende Verfügung i. S. des § 161, I, II, 163, BGB. handelt. [3]) Mit Rücksicht darauf aber,

[1]) Planck § 2113, Z. 1. Frommhold § 2113, Z. 1.

[2]) Cosack II, S. 803, IV 1a.

[3]) Planck § 2113 [1]. Neumann § 2131, II [1]. A. M. Frommhold § 2113 Z. 1.

dass die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden, können gegebenen Falls dem Narcherben Ersatz- und Bereicherungsansprüche gegen den Vorerben gegeben sein — § 2130, 816, BGB.[1]) Natürlich sind die Verfügungen des Vorerben wirksam in den Fällen des § 183, 185, ebenso wenn der Vorerbe von der Beschränkung des § 2113 I, BGB. befreit ist — § 2136, 2137. Das Gesagte gilt auch bei Verfügungen über Hypothekenforderungen, Grundschulden und Rentenschulden, die Kündigung und Einziehung derselben steht aber dem Vorerben zu, § 2114, ebenso bei Verfügungen, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgen, soweit es sich nicht um Schenkungen handelt, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird — § 2113 II BGB. Von der Beschränkung des § 2113 II kann der Vorerbe nicht befreit werden. — § 2136 BGB.

Da nun nach Eintritt der Nacherbfolge der Vorerbe aufhört, Erbe zu sein, so kann er von da ab weder die Anordnung der Nachlassverwaltung noch die Eröffnung des Nachlasskonkurses beantragen.[2]) Durch den Eintritt der Nacherbfolge erlischt auch an sich die

[1]) vgl. S. 56, A. 1.

[2]) Strohal II, S. 322, A. 13. Neumann § 2145, Z. 3a. Planck § 2145, Z. 4.

Haftung des Vorerben für Nachlassverbindlichkeiten. Seine Haftung bleibt jedoch insoweit bestehen, als der Nacherbe für die Nachlassverbindlichkeiten nicht haftet, also insbesondere bei Vermächtnissen und Auflagen, welche nur ihn belasten, ferner dann, wenn er unbeschränkt haftet — § 2145, BGB. Die Berichtigung dieser Nachlassverbindlichkeiten kann der Nacherbe, der die Befugnis zur Beschränkung seiner Haftung noch nicht verloren hat, insoweit verweigern, als dasjenige nicht ausreicht, was ihm von der Erbschaft gebührt — § 2145, BGB. Für die Geltendmachung seiner beschränkten Haftung bleibt er auf die Einrede aus § 1990 angewiesen.

Mit dem Eintritt der Nacherbfolge erlischt auch das Recht des Vorerben zur Verfügung über Nachlassgegenstände. Diese Befugnis behält er aber, bis er von dem Eintritt der Nacherbschaft Kenntnis erlangt hat oder ihn kennen muss — § 2140. Dritten kommen die Vorschriften über den guten Glauben und das Grundbuch zu Statten, ebenso die Bestimmungen des § 406—408, BGB. [1])

Hinsichtlich der Frage, ob die gegenüber einem Vorerben ergangenen rechtskräftigen Urteile auch gegenüber dem Nacherben nach Eintritt der Nacherbfolge Rechtskraft haben, gibt § 326 CPO. eine Ant-

---

[1]) So Dernburg III, § 59, VIII. Strohal I, § 28, A. 30. Dagegen allerdings Planck § 2140, Z. 2.

wort, hinsichtlich der Unterbrechung, Aussetzung und Aufnahme eines beim Eintritt der Nacherbschaft anhängigen Rechtsstreites — § 242, 246, hinschtlich der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aus einem Urteil für und gegen den Erben — § 726, 727, CPO.

## § 10. e) Der Fall des Vermächtnisses.

Das Gesetz enthält schliesslich noch zwei Bestimmungen, welche mit der bisher besprochenen wörtlich übereinstimmen, jedoch eine Einschränkung enthalten. Zunächst sagt § 2175 BGB.:

> «Hat der Erblasser eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung oder hat er ein Recht vermacht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, so gelten die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen».

Diese Vorschrift ist eine notwendige Folge des § 2174 BGB., denn da das bürgerliche Gesetzbuch das römische Vindikationslegat nicht kennt, der Bedachte vielmehr durch das Vermächtnis nur einen rein obligatorischen Anspruch gegen den Beschwerten auf Leistung des vermachten Gegenstandes erhält, so würde ohne die Vorschrift die vermachte Forderung oder das vermachte Recht infolge der Vereinigung in der Person

des Erben an sich untergehen, ebenso der Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes [1]). Die Vorschrift hat aber nur relative Wirkung, da die infolge der Vereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse nur in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen gelten, im übrigen sind sie aber ex tunc von allen Beteiligten und allen Dritten als nicht erloschen zu behandeln [2]). Wenn nun Schwedler [3]) meint, dass die Rechte des Erblassers gegen den Erben, die jener einem Dritten vermacht hat, stets und zwar vollständig und unbedingt untergehen und der Belastete nur eine mit ihrem Inhalt neu entstehende Vermächtnisforderung zu erfüllen habe, so dürfte dies hier nicht zutreffen, vielmehr muss man annehmen [4]), dass das vermachte Recht auch für den Erben während der Vereinigung fortdauert, damit er sie auf den Vermächtnisnehmer übertragen könne. Die praktisch wichtige Folge ist nämlich die, dass im letzteren Falle die zur Sicherung der Forderung bestellten Pfänder und Bürgen zu Gunsten des Vermächtnisnehmers und seiner Rechtsnachfolger während der Vereinigung bestehen

---

[1]) Fromnhold § 2175 Z. 1. Sachs S. 81 ff. Mosler S. 106 ff. Schwedler S. 175. Kretschmar S. 245 ff.

[2]) Endemann III § 69 S. 301 A. 28. Strohal I S. 234, A. 15. Neumann § 2175 Z. 1. Planck § 2175 Z. 2. Staudinger § 2175 Z. 1b. Thal S. 137; Wolff, Iherings J. 44 S. 352.

[3]) Schwedler S. 172—173.

[4]) Kretschmar S. 249. Endemann III § 69 A. 28. Staudinger § 2175 1b.

bleiben [1]). Eine weitere Wirkung der Fiktion aus § 2175 BGB. ist aber auch die, dass die vermachte Forderung bezw. das vermachte Recht dem Zugriff der Gläubiger des Erben entzogen ist, wenn dieser Fall auch wenig praktische Bedeutung haben wird [2]).

Für den Fall der Vereinigung von Rechten an Grundstücken, ebenso von dinglichen Rechten an beweglichen Sachen hat die Bestimmung des § 2175 BGB. ebenfalls keine grosse Bedeutung. Schon aus § 2174 BGB. folgt nämlich, dass der Erbe ein an einem Grundstück vermachtes Recht nicht löschen darf; für bewegliche Sachen gilt aber § 1256 II und § 1063 II BGB, der § 2175 ist also eine Ausnahme von den letztgenannten Bestimmungen [3]).

Es können aber auch nur Rechte in Betracht kemmen, die vererblich und übertragbar sind, also nicht Niessbrauch und die beschränkt persönlichen Dienstbarkaiten, § 1059, 1061, 1090 II, 1092 BGB., so dass schliesslich nur der Fall in Frage kommt, dass eine Forderung des Erblassers gegen den Erben mit dem für sie an einer Sache des Erben bestehenden Pfandrecht vermacht [4]) wird [5]).

---

[1]) So durchweg die Literatur — A.M. — folgerichtig Schwedler S. 174.

[2]) Mot. V. S. 177. Frommhold § 2175 Z. 2. Staudinger § 2175 1 b. folgerichtig — A. M. — Schwedler S. 174.

[3]) Frommhold § 2175 Z. 1.

[4]) Planck § 2175 Z. 1. Dernburg III § 75 III A. 3.

[5]) Vgl. aber unten S. 93 ff.

Hat der Erblasser eine ihm gehörende, mit einem Rechte des Erben belastete Sache vermacht, wobei sein Wille ersichtlich nicht auf lastenfreien Uebergang der Sache an den Vermächtnisnehmer geht, so muss man auch hier annehmen, dass die Vereinigung eine vernichtende Wirkung für das vermachte Recht nicht ausübt. Ein Erlöschen dieses Rechtes würde dem § 2165 BGB. widersprechen [1]).

Wie nun bei beweglichen Sachen der Niessbranch und das Pfandrecht, bei Grundstücken die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten nicht untergehen, so erlöschen auch bei letzteren nicht die Grunddienstbarkeiten und die Reallasten, dasselbe gilt auch von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden [2]) — § 2182 III, 2165 BGB. Ist nun ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück vermacht, das mit einer Hypothek für eine Schuld des Erblassers belastet ist oder für eine Schuld, zu deren Berichtigung dem Schuldner gegenüber der Erblasser verpflichtet ist, so ist der Vermächtnisnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers insoweit verpflichtet, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird § 2166 BGB. Ist der Erbe [3]) Gläubiger, so geht das Schuldverhältnis durch Confusion

[1]) Mosler S. 109. Strohal I. S. 234 Matthiass II. S. 486. Z. 2. Planck § 2175 Z. 3.

[2]) Mosler S. 109.

[3]) Mosler S. 109.

unter; gemäss § 1164 BGB. geht aber die Hypothek auf ihn insoweit über, als er innerhalb des Grundstückswertes Ersatz vom Vermächtnisnehmer verlangen kann — § 2166, 1164 BGB.

Nach § 2187 BGB. kann nun ein Vermächtnisnehmer, der selbst mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, die Erfüllung aush nach der Annahme des ihm zugewandten Vermächtnisses insoweit verweigern, als dasjenige, was er aus dem Vermächtnis erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht. Da es sich auch hier um die Herbeiführung der Haftung cum viribus handelt, welche übrigens durch Einrede geltend zu machen ist und die sich der Vermächtnisnehmer im Urteil vorbehalten lassen muss — § 786 CPO. —, so gilt ein infolge der Erfüllung des Vermächtnisses durch Vereinigung erloschenes Rechtsverhältnis im Verhältnisse zwischen dem beschwerten Vermächtnisnehmer und seinem Gläubiger als nicht erloschen — § 2187 III, 1991 II BGB. —; ist das Vermäctnis noch nicht erfüllt, so ist der Vermächtnisnehmer nur verpflichtet, seinen Anspruch zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem abzutreten [1]).

Schliesslich handelt es sich bei diesem Punkt um folgende Streitfrage: Muss der Bedachte, wenn eine dem Erblasser gegen den Erben zustehende Forderung den Gegenstand des Vermächtnisses bildet und der

---

[1]) Planck § 2187 Z. 1. Dernburg III § 73 V 3.

Erbe sie bestreitet, den Erben zuerst auf Abtretung der Forderung verklagen und erst nach rechtskräftiger Erledigung dieses Rechtsstreites auf Zahlung klagen oder kann er beide Klagen verbinden? Dies wird im letzten Sinne bejaht[1]); allerdings wird die Zwangsvollstreckung gegen den Erben immer erst nach Eintritt der Rechtskraft des ihr zur Abtretung und Leistung verurteilenden Urteils zulässig sein — § 894 CPO [2]).

Unter den Vorschriften, die gemäss § 2192 BGB. auf Auflagen Anwendung finden, fehlt der § 2175 BGB. Aber trotz des Schweigens des Gesetzes wird man mit Wolff[3]) nicht einsehen können, warum eine Forderung des Erblassers gegen den Erben, die oder deren Ertrag nach Anordnung des Erblassers zu wohltätigen Zwecken verwendet werden soll, unwirksam, dagegen ein Vermächtnis dieser Forderung wirksam sein soll.

---

[1]) Neumann § 2175 1 c. Staudinger § 2175 Z. 3. Planck § 2175 Z. 4.

[2]) Plank § 2175 Z. 4

[3]) Wolff in Iherings J. 44 S. 353, 354,

## § 11. f) Der Fall des Erbschaftskaufes.

Die andere, mit den bisher erörterten Bestimmungen übereinstimmende, jedoch eine Einschränkung enthaltende Bestimmung lautet — § 2377 BGB.:

> «Die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen dem Käufer und dem Verkäufer als nicht erloschen. Erforderlichen Falles ist ein solches Rechtsverhältnis wiederherzustellen».

Diese Vorschrift bezieht sich auf die Veräusserung der angefallenen und erworbenen Erbschaft durch den Alleinerben. Der sogenannte Erbschaftskauf soll die Rechtslage schaffen, als ob die Erbschaft nicht dem dem Verkäufer, sondern dem Käufer zugefallen wäre — oder wie die die Entwürfe sagen, Erbe und Käufer sind verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn an Stelle des Verkäufers der Käufer Erbe geworden wäre [1]). Er bedeutet nicht eine Uebertragung des Erbrechts, der Käufer verlangt vielmehr nur einen obligatorischen Anspruch auf Uebertragung der einzelnen Nachlassgegenstände bezw. auf Herausgabe ihres Wertes und dessen, was auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes von dem Erben

---

[1]) Mosler S. 114. Kretschmar S. 240.

erworben ist — § 2374 BGB, denn der Erbschaftskauf ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden[1]), der Erbe dagegen behält die Eigenschaft des Erben. Es kommt hier nicht zu einer dinglich wirkenden Absonderung des Nachlassvermögens von dem Vermögen des Erben wie in den Fällen des § 1976, 2143, 2175, und daher sind auch die zwischen dem Erblasser und Erben bestandenen Rechtsverhältnisse infolge der Vereinigung tatsächlich untergegangen[2]). Man kann hier auch nicht von einem Ruhen der Rechtsverhältnisse während der Dauer der Vereinigung sprechen, wenn das Gesetz auch den Ausdruek «die Rechtsverhältnisse gelten als nicht erloschen» gebraucht. Die Bedeutung dieses Ausdrucks ist eben vom Gesetz nicht festgelegt, so dass man um ihn zu würdigen, jedesmal auf das Wesen des betreffenden Rechtsinstituts zurückgehen muss[3]). Nicht einmal die dinglichen Rechte sind zwischen den Parteien als fortbestehend zu denken, sondern sie sind erloschen und müssen wiederhergestellt werden[4]). Das Erlöschen der Rechtsverhältnisse gilt aber — wie in dem Falle des § 1991 — nur unter den Parteien als nicht erfolgt; nur zwischen ihnen besteht die obligato-

---

[1]) Frommhold Vorbem. 2 zu Abschn. I vor § 2371. Endemann III § 83 Z. 2 S. 364.

[2]) Schwedler S. 180. Kretschmar S. 240 ff.

[3]) Sachs S. 85.

[4]) Schwedler S. 79. Thal S. 124.

rische Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes, der also nicht unmittelbar wieder auflebt. So rechtfertigt sich auch der Schlusssatz des § 2377: «Erforderlichen Falles ist ein solches Rechtsverhältnis wiederherzustellen», eine Bestimmung, die übrigens auch auf § 2175 Anwendung findet, dort aber nicht ausgesprochen ist. Durch die positive Bestimmung des § 2377 BGB. wird aber in einfacher Weise eine Ausgleichung in der durch die Confusion oder Consolidation erfolgten Bereicherung der Erbschaft oder des Erben herbeigeführt, da die erloschenen Rechtsverhältnisse bei Berechnung des Erbschaftsbestandes ihrem Werte nach in Anschlag gebracht werden[1]). So sind also Forderungen des Erblassers gegen den Verkäufer gemäss § 2374 BGB. dem Käufer von dem Verkäufer abzutreten, da aber die Forderung nicht mehr besteht, zu berichtigen oder wiederherzustellen[2]). Dritten[3]) gegenüber bleibt die Wirkung des Erlöschens der Rechtsverhältnisse bestehen, so dass ihre in der Zwischenzeit erworbenen Rechte nicht berührt werden. Bürgen also, welche für Forderungen des Erblassers gegen den Verkäufer oder umgekehrt hafteten, werden frei; ebenso erlischt das Pfandrecht, das für eine Forderung des Erblassers gegen den Verkäufer oder umgekehrt an der

---

[1]) Planck § 2377 Z. 1. Thal S. 123.

[2]) Planck § 2377 Z. 3.

[3]) Frommhold § 2377. Neumann § 2377.

einem Dritten gehörenden beweglichen Sache bestellt war. Das Pfandrecht bleibt dagegen bestehen im Verhältnisse zwischen Verkäufer und Käufer, wenn die verpfändete Sache dem Verkäufer oder dem Erblasser gehörte [1]).

Da, wie gesagt, das Erlöschen der Rechtsverhältnisse nur im Verhältnisse zwischen Verkäufer und Käufer als nicht erfolgt gilt, so ist der Fall in dieser Beziehung wie im Verhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmer zu beurteilen, und daher erübrigt es sich, auf die einzelnen, dem Verkäufer und Käufer infolge der Confusion gegeneinander erwachsenden Verpflichtungen näher einzugehen. Es ist aber noch zu bemerken, dass, sofern man sich das Wesen des Erbschaftskaufes vergegenwärtigt, die Bestimmung des § 2377 BGB. überflüssig war. In der Kommission des II. Entwurfes lag auch ein Antrag auf Streichung dieser Bestimmung vor, schliesslich hat man doch «die praktisch nicht unwichtige Rechtsfolge aus dem dem Erbschaftskauf zu Grunde liegenden Prinzig aufgenommen, um jegliche Zweifel zu beseitigen [2]). Die Bestimmung des § 2377 BGB. bezieht sich nicht nur auf eine dem Erben angefallene Erbschaft. Auch eine erst künftig und eventuell anfallende Erbschaft kann man verkaufen, ebenso

---

[1]) Dernburg II § 191 [4]. Staudinger § 2377, Planck § 2377 Z. 3. Schwedler S. 179. Thal S. 132.

[2]) Schwedler S. 178.

eine Nacherbschaft[1]). Die Bestimmungen der §§ 2371 ff. BGB. sind dann entsprechend anzuwenden. Gemäss § 2385 BGB. findet § 2577 BGB. auch auf den Kauf einer von dem Käufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft sowie auf andere Verträge Anwendung, die auf die Veräusserung einer dem Veräusserer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind z. B. Tausch, Schenkung Vergleich[2]).

---

[1]) Dernburg V § 190 III.

[2]) Endemann III § 83 Z. 2. S. 363. Neumann § 2385 Z. 1.

## § 12.

### III. Der besondere Fall der Erbengemeinschaft.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass durch Vereinigung von Recht und Belastung oder von Recht und Verbindlichkeit die zwischen dem Erblasser und dem Erben bestehenden Rechtsverhältnisse erlöschen, bildet der Fall der Erbengemeinschaft während ihrer Dauer. Das Gesetz schweigt, aber aus dem Wesen der Erbengemeinschaft — sie ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand während ihrer Dauer[1]) und lässt daher Bruchteile an den einzelnen Nachlassgegenständen nicht zu — folgt nämlich, dass Rechte der Miterben an den Gegenständen das Nachlasses und Forderungen der Miterben gegen den Erblasser, aber auch umgekehrt Rechte des Erblassers an den Gegenständen des Vermögens des Erben und die ihm gegen diese zustehende Forderungen trotz der Vereinigung nicht erlöschen[2]). Gegenstandslos ist daher für Miterben nicht nur der § 1976 BGB, da über einen einzelnen Erbteil weder

---

[1]) Binder III, S. 35. Hachenburg S. 711. Matthiass II, S. 544. Frommhold S. 86. Meyer Gr. Beitr. 51, 785, 788.

[2]) Kress S. 5. Strohal II § 64 I 5. Cosack II § 386 II. Dernburg V § 177 IV. Planck § 2032 Nr. 2. Nach Binder III 107 folgt dies aus der beschränkten Haftung, nicht aus dem Gesamthandprinzip.

der Nachlasskonkurs noch die Nachlassverwaltung angeordnet werden kann [1]), gegenstandslos ist für sie auch nicht nur § 2377 [2]), sondern auch § 1970ff und § 1991 II BGB. Ist allerdings ein Bruchteil der Erbschaft bezw. des dem Vorerben zustehenden Erbteils mit der Nacherbfolge belastet, so tritt die in § 2143 BGB. ausgesprochene Wirkung nicht nach dem Verhältnisse der Bruchteile, sondern im vollen Umfange ein. Der Vorerbe befindet sich nämlich nunmehr mit dem Nacherben in einer Erbengemeinschaft und deswegen steht nicht nur der Anteil des Nacherben, sondern die gesamte gemeinschaftliche Erbmasse dem eigenen Vermögen des Vorerben als ein getrenntes Vermögensganze gegenüber [3]). Auch der § 2175 BGB. ist für den Fall der Erbengemeinsehaft von Bedeutung. Ist nämlich ein Bruchteil einer Forderung vermacht, so gilt sie als nicht erloschen, soweit sie vermacht ist, im übrigen aber als erloschen [4]).

Ausgeschlossen ist während der Erbengemeinschaft — also bis zur Auseinandersetzung — ein Wirksamwerden von Verfügungen, die vor dem Erbfalle von einem Miterben über einen zum Nachlass gehörenden Gegenstand gemacht worden sind. Sie können auch

---

[1]) Kress S. 5. Endemann III § 113 3 a. Wendt S. 424.

[2]) Kress S. 179, im Verhältnis zu den Nachlassgläubigern. Binder III S. 107 II. S. 102.

[3]) Planck § 2143.

[4]) Staudinger § 2175 1 b. Planck § 2175 Z. 2.

nur wirksam werden, wenn sie von sämtlichen Miterben ausgingen. Die Konvalescenz tritt auch nicht in Ansehung eines dem Erbteil des Miterben entsprechenden Teils des betroffenen Gegenstandes ein, sondern erst dann, wenn der betreffende Gegenstand bei der Auseinandersetzung dem Miterben zugeteilt wird. Hier greift nämlich § 185 II BGB nicht Platz, da der im Gesamthandverhältnis stehende Miterbe einen zum Nachlass gehörenden Gegenstand ganz oder zu einem Bruchteil nicht erwerben kann[1]).

Auch die Verfügungen des Erblassers vor dem Erbfall über Gegenstände des Vermögens eines Miterben werden durch den Erbfall nicht wirksam, auch dann nicht, wenn der betreffende Erbe für den seinen Erbteil entsprechenden Bruchteil der Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet[2]). Anderer Meinung sind allerdings Dernburg und Strohal[3]), aber der von Strohal[4]) für die Entscheidung seiner Frage ins Feld geführte Grund kann meines Erachtens nicht für durchschlagend erachtet werden. Man wird sich vielmehr im obigen Sinne mit Kress[5]) entscheiden müssen, welcher meint, der § 185 II BGB. beruht nur auf der Erwägung, dass eine Verschmelzung von Nachlass- und Erbenvermögen

---

[1]) Strohal II § 64 I 5 a. Planck § 2032 Z. 2.

[2]) Kress S. 5. A. 14.

[3]) Strohal § 64 I 5 b. Dernburg V § 177 IV.

[4]) Strohl § 64 A. 8 a.

[5]) Kress S. 5 A. 14. Planck § 2032 Z. 2. Mot. V. S. 633.

vollendet ist und damit Verfügungen und Berechtigungen in der Person des Erben zusammenfallen; bei Miterben sei aber eine Verschmelzung von Nachlasss- und Erbenvermögen infolge des Gesamthandprinzips ausgeschlossen, auch dann, wenn die Miterben allgemein unbeschränkt haften.

Aus der Natur des Gesamthandprinzips folgt auch — was aber das Gesetz noch durch positive Bestimmung ausgesprochen hat, — dass der Schuldner einer zum Nachlass gehörenden Forderung gegen diese eine gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung nicht aufrechnen kann, § 2040 BGB. Ebenso unzulässig ist die Aufrechnung eines Nachlassgläubigers gegenüber einer gegen ihn gerichteten Privatforderung eines der Haftungbeschränkung teilhaftigen Miterben.[1]) Dies ergibt sich aus § 1977 I BGB., eine Bestimmung, welche auf die Erbengemeinschaft zu übertragen ist. Gemäss § 2059 I BGB. können sich die Miterben bis zur Auseinandersetzung ohne weitere Voraussetzungen auf die Beschränkung ihrer Haftung berufen und daher muss dementsprechend im Sinne des § 1977 I BGB die hier fragliche Aufrechnung ausgeschlossen erscheinen [2]). Zulässig dagegen ist die fragliche Aufrechnung, wenn der Miterbe gemäss § 2059 I Satz 2 BGB. durch die Verletzung der Inventarpflicht die beschränkte Haftung

[1]) Kress S. 65, 66.

[2]) Kress S. 65, 66. Strohal § 64 A. 9.

in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Forderungsbetrages verloren hat [1]) — § 2013 BGB Zulässig ist auch eine Aufrechnung zwischen den Forderungen und Schulden des Nachlasses und der Miterben unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 387 ff BGB. — der Aufrechnungsvertrag muss aber mit allen Miterben geschlossen werden, die Aufrechnungserklärung allen Miterben gegenüber oder von allen Miterben abgegeben werden. [2])

[1]) Kress S. 66, 67.

[2]) Kress ebenda.

## C.

# Zusammenfassung.

### § 13.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen ist folgendes:

Auch im Erbrecht legt das heutige Reichsrecht der Confusion im Prinzip eine rechtsvernichtende Wirkung bei. Eine Ausnahme von dieser regulären Wirkung der Confusion ist der Fall der Erbengemeinschaft während ihrer Dauer. In den übrigen hier besprochenen Fällen wird die Wirkung der Confusion — insoweit es überhaupt zu einer Confusion kommt — nachträglich mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses dermassen beseitigt, dass entweder der frühere Rechtszustand mit dinglicher Wirkung aufrecht erhalten oder zum mindesten von den Beteiligten wiederhergestellt wird — letzteres im Falle des § 2377, 1991 BGB. — § 8, 11 der vorliegenden Arbeit In zwei anderen Fällen hat das Nichterlöschen der Rechtsverhältnisse nur relative Wirkung — § 2175, 2377 BGB. — § 10, 11 der vorliegenden Arbeit. Sehr richtig bemerkt

daher Thal [1]) und mit seinen Worten wollen wir die Untersuchung beschliessen, dass die Tendenz des heutigen Reichsrechts unstreitig auf eine Einschränkung der regulären Wirkung der Confusion geht, aber nur insoweit, als ernsthaft schutzbedürftige Interessen für die Beteiligten oder Dritte vorhanden sind.

---

[1]) Thal S. 138.

# Benutzte Literatur.


Binder = Binder, Rechtsstellung des Erben nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

Coasck = Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. IV. Auflage. — 1904.

Dernburg = Dernburg, Deutsches Erbrecht 1905.

Endemann = Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. III.—IV. Aufl.

Frommhold = Frommhold, das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs 1900.

Gruchots Beitr. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.

Hachenburg = Hachenburg, das BGB. für das deutsche Reich, Vorträge 1900.

Jäger = Jäger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs 1898.

Iherings J. = Iherings Jahrbücher der Dogmatik.

Kretschmar = Kretschmar, die Theorie der Confusion. 1899.

Kress = Kress, die Erbengemeinschaft nach dem bürgerlichen Recht. 1903.

Matthiass = Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. III. Aufl.

Mosler = Mosler, zur Lehre von der Confusion. 1897.

Mot. = Motive zn dem Entwurf eines bürgerliehen Gesetzbuches.

v. Jena = v. Jena, die Wirkung der confusio auf obligatorische Rechtsverhältnisse nach römischem, gemeinem Recht und dem Recht des BGB. 1907.

Prot. = Protokolle zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Neumann = Neumann, Herausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. V. Aufl.

Planck = Planck, bürgerliches Gesetzbuch. Bd. V. Erbrecht. I. und II. Aufl.

R = das Recht.

Sachs = Sachs, die Wirkungen der Confusion 1898.

Schwedler = Schwedler, das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürg. Recht. 1897.

Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.

Staudinger = Staudinger-Herzfelder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V. Erbrecht. II. Aufl.

Strohal = Strohal, das deutsche Erbrecht, III. Aufl.

Thal = Thal, Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen, 15. Heft Leonhardts Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts.

Wendt = Wendt, die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten — im Archiv für civilistische Praxis — Bd. 86.